

Aktenzeichen: 2 AZR 57/81

Bundesarbeitsgericht 2. Senat Urteil vom 22. Juli 1982

- 2 AZR 57/81 -

I. Arbeitsgericht
Köln

Urteil vom 17. Januar 1973

- 2 Ca 3822/72 -

II. Landesarbeitsgericht
Düsseldorf

Urteil vom 28. November 1980

- 13 Sa 107/73 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Für die Fachpresse: Nein

Entscheidungsstichwort:

Befristete Arbeitsverträge mit Orchestermitgliedern;

Durchgriffshaftung

Gesetz:

BGB § 620 Befristeter Arbeitsvertrag, § 611 Mittelbares
Arbeitsverhältnis, § 315 Billigkeitskontrolle; KSchG § 1;
ZPO §§ 286, 320

Leitsätze:

K e i n e

Hinweis des Senats:

Zur Frage der Durchgriffshaftung gegenüber dem mittelbaren
Arbeitgeber bei Beendigung eines befristeten Arbeitsverhältnisses.



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2 AZR 57/81

13 Sa 107/73 Düsseldorf

Verkündet am
22. Juli 1982

Bittner,

Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

pp.



- 2 -

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 22. Juli 1982 durch den Richter Professor Dr. Röhsler als Vorsitzenden, die Richter Triebfürst und Dr. Weller sowie die ehrenamtlichen Richter Holzmann und Dr. Müller für Recht erkannt:

1. Die Revision der Kläger gegen das Schluß-Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 28. November 1980 - 13 Sa 107/73 - wird zurückgewiesen.
2. Die Kläger tragen die Kosten der Revision.

V o n R e c h t s w e g e n !

Tatbestand:

Die Kläger gehörten als Musiker dem "Orchester Kurt Edelhagen" an. Mit der vorliegenden Klage begehren sie die Feststellung, daß sie in einem ungekündigten Arbeitsverhältnis zum Beklagten, aber nicht zum früheren Beklagten zu 2., Kurt Edelhagen (K.E.), stehen. Die Kläger wurden zu unterschiedlichen Zeitpunkten zwischen April 1957 und Dezember 1970 von K.E. mittels jeweils befristeter schriftlicher Verträge engagiert, die außer im Falle des Klägers zu 9., der am 1. Januar 1970 in das Orchester eingetreten war und nur einen Zweijahresvertrag abgeschlossen hatte, jeweils durch neue, gleichfalls befristete Verträge abgelöst wurden. Diese Verträge enthielten seit dem 2. Januar 1967 einheitlich folgende Bestimmungen:

"§ 1

Herr ... verpflichtet sich, als ... dem Orchester Kurt Edelhagen zur Verfügung zu stehen.

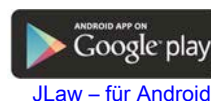
§ 2

1. Im Rahmen des WDR-Edelhagen-Werkvertrages erhält Herr ... für seine Rundfunk- und Fernsehaktivität die Summe von DM ... pro Titel.

- 3 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2. Herr Edelhagen garantiert jährlich 420 Titel, gleich einer Jahresgesamtsumme von DM ..., die in monatlichen Teilbeträgen von DM ... am Ende des jeweiligen Monats Herrn ... zur Verfügung steht.
3. Soweit Herr ... an einer über die Garantiesumme von 420 Titeln jährlich hinausgehenden Überproduktion persönlich teilgenommen hat, besteht ein Anspruch des Herrn ... auf Honorierung dieser Tätigkeit.

...

§ 5

Zwei Monate im Jahr bleiben produktionsfrei. Die Termine für die produktionsfreie Zeit werden nach Maßgabe der Orchesterleitung bekanntgegeben.

§ 6

Soll Herr ... mit dem Orchester bei öffentlichen Veranstaltungen, Musikaufnahmen, Fernsehliveveranstaltungen oder Fernsehproduktionen außerhalb des Sendgebietes des WDR mitwirken, so ist über den Umfang und die Dauer der Mitwirkung sowie über die Anzahl der Titel, die für diese Mitwirkung und die Reisetage auf die vertraglichen Leistungen des Herrn ... angerechnet werden, vorher eine Vereinbarung zwischen Herrn ... und Herrn Edelhagen zu treffen.

§ 7

Gemäß der Reisekostenordnung des WDR besteht Anspruch auf Erstattung der Reisekosten und Spesen, sofern Herr ... Verpflichtungen außerhalb Kölns in Rahmen des WDR-Edelhagen-Vertrages wahrzunehmen hat.

§ 8

Herr ... steht in keinem Vertragsverhältnis zum WDR.

§ 9

Alle Verpflichtungen außerhalb der oben genannten WDR-Tätigkeit wie Tanzveranstaltungen, Plattenaufnahmen usw. werden gesondert honoriert.

§ 10

Die Tätigkeit des Herrn ... außerhalb des Orchesters Edelhagen ist nur mit ausdrücklicher Genehmigung des Herrn Edelhagen möglich. Dabei hat die Arbeit im Orchester unbedingt den Vorrang.

..."

Zeitlich parallel zu diesen Verträgen schloß der Beklagte in den Jahren 1957, 1961, 1966 und 1969 vier mit "Werkvertrag" überschriebene gleichfalls befristete



Verträge mit K.E. In ihnen verpflichtete sich dieser gegenüber dem Beklagten, mit seinem Orchester jährlich eine bestimmte Zahl von Titeln sendereif zu spielen bzw. mit seinem Orchester bei zahlenmäßig festgelegten öffentlichen Veranstaltungen mitzuwirken, wofür der Beklagte eine in Monatsraten an K.E. zu zahlende Vergütung versprach. Die vereinbarte Gesamttitelzahl für die beiden letzten Verträge war jeweils 420, die hierfür vom Beklagten an K.E. gezahlte Jahrespauschale betrug zuletzt 860.000,-- DM. Desweiteren hieß es u.a. in diesen Verträgen:

"§ 1

...

(7) Die Termine für die öffentlichen Veranstaltungen, für Musikaufnahmen sowie für die Mitwirkungen beim Fernsehen stimmt der WDR mit Herrn Edelhagen ab. Verpflichtungen außerhalb des WDR dürfen bis fünf Monate vor dem vereinbarten Termin nur als vorläufig gelten.

...

§ 3

Soweit Herr Edelhagen und sein Orchester auf Wiedergabevorrichtungen produzieren, erfolgen die Aufnahmen in den Studios des WDR oder in von ihm gemieteten Studios, die der WDR unentgeltlich zur Verfügung stellt, bzw. anlässlich der öffentlichen Veranstaltungen. Die mit diesen Aufnahmen verbundenen Materialkosten trägt der WDR.

§ 4

Herr Edelhagen ist berechtigt, mit seinem Orchester neben der vorstehend festgelegten Tätigkeit jede andere Verpflichtung einzugehen, sofern dadurch die zu erbringenden Leistungen qualitativ und quantitativ nicht beeinträchtigt werden. Die gemäß diesem Vertrag zu erbringenden Leistungen genießen demgemäß grundsätzlich Vorrang gegenüber etwaigen anderen Verpflichtungen des Herrn Edelhagen. Auf die gegenseitige Terminabsprache (§ 1 Abs. 7) wird verwiesen. Herr Edelhagen verpflichtet sich, mit seinem Orchester während der Dauer dieses Vertrages nicht bei anderen Rundfunk- und Fernsehveranstaltungen in der Bundesrepublik und West-Berlin mitzuwirken.

...

§ 6

Sofern Herr Edelhagen und sein Orchester im Auftrage des WDR Verpflichtungen außerhalb Kölns wahrzunehmen habe, besteht Anspruch auf Erstattung der Reisekosten und -spesen gemäß Reisekostenordnung des WDR.



§ 9

Die Auswahl der Musiker obliegt Herrn Edelhagen. Herr Edelhagen verpflichtet sich, mindestens 16 Musiker hervorragender Qualität zu beschäftigen. Bei Abschluß der Verträge mit den Orchestermitgliedern handelt Herr Edelhagen nicht im Auftrage oder in Vertretung des WDR. Für die Abführung der Steuern und sozialen Abgaben ist allein Herr Edelhagen verantwortlich. Die von Herrn Edelhagen beschäftigten Musiker stehen in keinem Vertragsverhältnis zum WDR. Herr Edelhagen und die Musiker seines Orchesters haben aufgrund der Tätigkeit im Rahmen dieses Vertrages in keinem Falle einen Anspruch darauf, vom WDR fest angestellt zu werden.

Herr Edelhagen verpflichtet sich, die Bestimmungen des Abs. 2 allen von ihm beschäftigten Musikern schriftlich bekanntzugeben und dies dem WDR nachzuweisen."

Gemäß § 11 des am 21. Oktober 1969 zwischen dem Beklagten und K.E. geschlossenen und bis 31. Dezember 1972 befristeten Vertrages sollten sich die Vertragspartner bis spätestens 30. Juni 1972 verständigen, ob und unter welchen Bedingungen ein neuer Werkvertrag abgeschlossen werden solle. Dazu hatte K.E. dem Beklagten schon 1969 eine Option für weitere drei Jahre eingeräumt. Nachdem K.E. bis zum 30. Juni 1972 vom Beklagten keinerlei Zusage über eine abermalige Verlängerung seines Vertrages hatte, sandte er unter dem 30. Juni 1972 an sämtliche Kläger ein Schreiben, in dem es hieß:

"Rein vorsorglich weise ich darauf hin, daß der Vertrag zwischen Ihnen und mir nach Ausübung des einmalig ausgeübten Optionsrechts entsprechend der vertraglichen Regelung am 31. 12. 1972 endet."

Mit ihrer am 15. Juli 1972 beim Arbeitsgericht Köln eingegangenen Klage haben die Kläger die Auffassung vertreten, das Schreiben des K.E. vom 30. Juni 1972 stelle eine Kündigungserklärung dar, die eine Beendigung ihrer Arbeitsverhältnisse bezwecke. Diese hätten unbefristet bestanden, weil die Befristungen unzulässig gewesen seien. Unter Berufung auf das Kündigungsschutzgesetz haben sie die Feststellungsklage gegen den Beklagten und K.E. als Beklagten zu 2. gerichtet. Die Klage gegen K.E. ist durch rechtskräftiges Urteil des Landesarbeits-



- 6 -

gerichts Düsseldorf vom 27. Juli 1973 abgewiesen worden, weil die Kläger trotz Hinweises des Gerichts vorgetragen hatten, nicht K.E., sondern nur der WDR sei ihr Arbeitgeber.

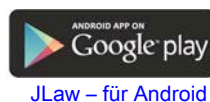
Sie haben die Auffassung vertreten, der beklagte WDR sei ihr wirklicher Arbeitgeber. Wenn auch seinerzeit K.E. die Verträge mit ihnen abgeschlossen habe, sei dieser doch nur "Strohmann" gewesen und als Vertreter für den Beklagten aufgetreten. K.E. könne schon deswegen keine Arbeitgeberfunktionen ausüben, weil er nicht über die nötigen finanziellen Mittel verfüge. Außerdem sei er selbst Arbeitnehmer des Beklagten. Die Kündigungen habe er gleichfalls in Vertretung des Beklagten ausgesprochen.

Vom Beklagten seien sie auch persönlich abhängig, da dieser Zeit, Ort und Art ihres Arbeitseinsatzes bestimme. Er stelle monatliche Zeit- und Arbeitspläne auf, die sie direkt aus seinem Büro erhielten. Der Beklagte habe diese Dienstpläne auch ohne irgendeine Abstimmung häufig und kurzfristig geändert. Ihnen sei ein festes Monatsgehalt gezahlt worden, das über einen Buchhalter des Beklagten nur formell im Namen von K.E. ausgezahlt worden sei. Der Beklagte habe ihnen Arbeitsräume, Garderobe, Parkplätze, Notenpulte mit der Aufschrift "WDR" sowie in erheblichem Umfang auch Musikinstrumente zur Verfügung gestellt, ihre Reisekosten nach seiner eigenen Reisekostenordnung erstattet und ihnen einen von ihm besoldeten Orchesterinspizienten zur Seite gestellt. Außerdem habe der Beklagte die Lage ihres Urlaubs bestimmt, Dienstbefreiung erteilt, Vertretungen bestellt und sie wie die Mitglieder anderer bei ihm festangestellter Orchester voll in seinem Betrieb eingegliedert. Die Tätigkeit für den Beklagten habe ihre Arbeitskraft überwiegend in Anspruch genommen. Für andere Auftraggeber seien sie nur in geringem Umfang tätig geworden. Schließlich sei das "Orchester Kurt Edelhagen" eigens für die Zwecke des Beklagten zusammengestellt worden. 1957 habe K.E.

- 7 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



- 7 -

nämlich lediglich über drei Musiker verfügt. Bezeichnend sei auch, daß das Orchester seit mehr als einem Jahrzehnt als Schallplattenorchester keine Rolle mehr spiele, sondern allein noch als Rundfunk- und Fernsehorchester des Beklagten Bedeutung habe.

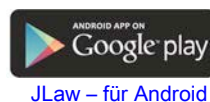
Durch die gewählte Vertragskonstruktion habe der Beklagte sie um ihren sozialstaatlichen Schutz bringen wollen. Er habe in Zusammenwirken mit K.E. unter Ausnutzung der Gestaltungsfreiheit eine Vertragsform gewählt, die ihnen den Kündigungsschutzrechtlichen und tarifvertraglichen Schutz nehme. Statt sie, wie er das bei den Mitgliedern seines Unterhaltungs-, Sinfonie- und Tanzorchesters tue, unbefristet als Arbeitnehmer zu beschäftigen, habe er eine in ihrer Berufssparte nicht übliche Aufspaltung vorgenommen. So habe der Beklagte sie zwar jahrelang mit abhängiger Arbeit beschäftigt, aber andererseits als tarifgebundener Arbeitgeber versucht, durch die Einführung einer Mittelsperson die zwischen ihm und ihnen als in der Deutschen Orchestervereinigung organisierten Arbeitnehmern bestehende Tarifbindung auszuhöhlen und zu umgehen. Damit verstoße er gegen Tarifrecht. Seine subjektive Umgehungsabsicht ergebe sich schon daraus, daß er kein komplettes Orchester übernommen, sondern K.E. mit der Aufgabenstellung unter Vertrag genommen habe, ein 16 Mann starkes Orchester aufzubauen.

Selbst wenn aber davon ausgegangen werde, der Beklagte sei nicht ihr, der Kläger, unmittelbarer Arbeitgeber und auch die Mißbrauchskontrolle könne nicht zum Erfolg führen, müsse der Beklagte sie aufgrund einer Durchgriffshaftung weiterbeschäftigen. Er habe nämlich von ihrer Arbeit profitiert, habe sie in seinen Betrieb eingegliedert und durch die Zwischenschaltung seines Arbeitnehmers K.E. und durch die Nichtverlängerung des Vertrages mit diesem eine Lage geschaffen, für die er die sozialgerechten Folgen zu tragen habe.

- 8 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



- 8 -

Gegenüber dem Kläger zu 9. sprach K.E. mit dem diesem am 26. Oktober 1972 zugegangenen Schreiben vom 24. Oktober 1972 die fristlose Kündigung aus, die der Kläger zu 9. in der Klagesache 2 Ca 6902/72, die mit dem vorliegenden Rechtsstreit verbunden worden ist, angegriffen hat.

Die Kläger haben beantragt

festzustellen, daß die Arbeitsverhältnisse zwischen ihnen und dem Beklagten durch das Schreiben des Kurt Edelhagen vom 30. Juni 1972 nicht aufgelöst worden sind, sondern ungekündigt und unbefristet fortbestehen.

Der Kläger zu 9. hat darüber hinaus beantragt

festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis zwischen ihm und dem Beklagten durch das Schreiben des Kurt Edelhagen vom 24. Oktober 1972 nicht aufgelöst worden ist.

Die Kläger haben hilfsweise beantragt,

den Beklagten zu verurteilen, die Kläger unter Berücksichtigung der im Hinblick auf § 12 a TVG zwischen den Parteien ergangenen und in Zukunft noch ergehenden tariflichen Vereinbarungen bis zum jeweiligen 65. Lebensjahr im gleichen Umfang zu beschäftigen wie im Jahre 1972 und sich von ihnen vorher nur unter den Kriterien des Kündigungsschutzgesetzes zu trennen sowie festzustellen, daß die Zusammenarbeit der Parteien nicht zum 31. Dezember 1972 beendet war, sondern darüber hinaus nach obiger Maßgabe fortbesteht.

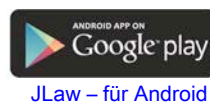
Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Er hat vorgetragen, rechtlich hätten die Kläger mit ihm nichts zu tun. Er habe sie weder unmittelbar noch über K.E. bei sich beschäftigt, worauf die Kläger von K.E. wiederholt hingewiesen worden seien. K.E. sei ein selbstständiger Unternehmer, der seit 20 Jahren das unter seinem Namen bekanntgewordene Orchester leite. Er, der Beklagte, habe dieses Orchester auch nie als WDR-Orchester bezeichnet, sondern stets als "Orchester Kurt Edelhagen". K.E. habe nicht nur das volle wirtschaftliche Risiko für sein Orchester getragen, sondern auch die für den Orchesterbe-

- 9 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



- 9 -

trieb erforderlichen Weisungen erteilt und außer für ihn, den Beklagten, auch für andere Auftraggeber gespielt. Trotz der künstlerischen und geschäftlichen Selbständigkeit seien infolge der Zusammenarbeit notwendigerweise in vielen Bereichen Abstimmungen erforderlich gewesen. Der Beklagte habe aber keine Befugnisse gehabt, den Klägern unmittelbar Weisungen zu erteilen. Dies sei auch praktisch nie geschehen. K.E. gewähre seinen Musikern, die er allein einstelle und entlasse und auf deren Auswahl der Beklagte keinen Einfluß nehme, Urlaub nach seinem Gutdünken. Auch die beim Beklagten geschriebenen Dienstpläne würden nicht vom Beklagten erstellt, sondern jeweils mit K.E. abgestimmt. An diese Dienstpläne sei der Beklagte ebenso wie K.E. gebunden; eine einseitige Änderungsmöglichkeit habe ihm nicht zugestanden. Er habe den Klägern auch keine Reisekosten erstattet und ihnen Kleidung nur dann gestellt, wenn sie in geringem Umfang in seinen Fernsehsendungen aufgetreten seien. Schließlich könne von einer Umgehung des Tarifvertrages keine Rede sein, zumal derzeit zwischen ihm und der Deutschen Orchestervereinigung gar keine tarifliche Vereinbarung bestehe.

Im Verlaufe des vorliegenden Rechtsstreites schloß der Beklagte mit K.E. erneut einen "Werkvertrag" für die Zeit vom 1. Januar 1973 bis zum 31. Dezember 1975, in dem jedoch die Gesamttitelzahl und dementsprechend die vom Beklagten zu zahlende Jahrespauschale ganz erheblich eingeschränkt wurden.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat nach Beweisaufnahme die Berufung der Kläger zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgen die Kläger ihre Klaganträge weiter. Der Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist zulässig, aber nicht begründet.

- 10 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 10 -

I. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, für den Hauptantrag fehle es bereits an einem Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien. Unstreitig hätten die Kläger mit dem Beklagten keinen schriftlichen Vertrag abgeschlossen. Sie behaupteten auch nicht, mit dem Beklagten mündlich, ausdrücklich oder stillschweigend rechtsgeschäftlich vereinbart zu haben, sich seinem Weisungsrecht zu unterstellen, d. h. in persönlicher Abhängigkeit für ihn als Musiker tätig zu sein. Eine solche Absprache sei auch nicht über K.E. mit Wirkung für und gegen den Beklagten erfolgt. Insoweit stehe unstreitig fest, daß K.E. die Kläger, wie er es dem Beklagten zugesagt hatte, mündlich wiederholt darauf hingewiesen habe, sie stünden zum Beklagten nicht in einem Vertragsverhältnis; er habe dies teilweise sogar in seinen Verträgen mit ihnen festgeschrieben. Diese Handlungsweise spreche eindeutig gegen das Erklären oder Hervortreten des Willens, die Folgen der Willenserklärung beim Beklagten als Vertretenem eintreten zu lassen. Entsprechend sei zwischen dem Beklagten und K.E. vertraglich vereinbart gewesen, daß K.E. beim Abschluß der Verträge mit den Orchestermitgliedern weder im Auftrag noch in Vertretung des Beklagten handle. Der Beklagte habe zwar auf die Mindestzahl der Orchestermusiker Einfluß genommen, die Auswahl der Musiker selbst sei jedoch allein Sache von K.E. gewesen. Dieser sei gegenüber dem Beklagten auch nicht als Vertreter der Kläger aufgetreten.

Die Kläger hätten auch nicht zu beweisen vermocht, daß die praktische Abwicklung ihres Vertragsverhältnisses anders als vereinbart ausgesehen habe. Der Beklagte habe ihnen gegenüber keine Weisungsbefugnis als Arbeitgeber ausgeübt, insbesondere habe er nicht von sich aus Ort, Zeit und Art ihrer Musikleistung bestimmt. Vielmehr habe K.E. ihre Einsätze festgelegt und zwar sowohl die für den Beklagten als auch solche für andere Auftraggeber. Der bloße Hinweis, der Beklagte habe die Kläger für seine Zwecke herangezogen, und ihm seien die Ergebnisse ihrer Arbeit zugute gekommen, führe nicht schon zu den von

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

- 11 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)

[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)

ihnen begehrten Rechtsfolgen. Die Kläger seien nämlich nie unmittelbar vom Beklagten zu irgendwelchen Produktionen als Instrumentalisten, sondern jeweils nur innerhalb des Orchesters K.E. herangezogen worden. Der Beklagte habe den Klägern zwar Garderobe, Notenpulte, Parkplaketten und Arbeitsräume zur Verfügung gestellt, dies sei aber ebenfalls nur eine Folge der vertraglichen Verpflichtung des K.E., mit seinem Orchester dem Beklagten zu Rundfunk- und Fernsehauftritten zur Verfügung zu stehen. Entsprechendes müsse auch für die von den Klägern nicht bewiesene Behauptung gelten, der Beklagte habe ihnen hin und wieder Instrumente zur Verfügung gestellt. Entscheidend sei nicht, ob der Beklagte ihnen Hilfsmittel zur Erbringung ihrer Arbeitsleistung zur Verfügung gestellt habe, sondern daß er nicht berechtigt gewesen sei, auch nur über einen Teil ihrer Arbeitskraft selbst zu verfügen. Deshalb reiche es nicht aus, daß der Beklagte für das Orchester K.E. Dienstpläne aufgestellt habe. Da er gegenüber K.E. verpflichtet gewesen sei, dem Orchester Räume und Geräte zur Verfügung zu stellen, habe er nämlich Dispositionen treffen müssen, die teilweise in den Dienstplänen ihren äußeren Niederschlag gefunden hätten. Die Beweisaufnahme habe auch ergeben, daß der Beklagte diese Dienstpläne zwar gedruckt und herausgegeben, er aber die Produktionstermine jeweils nur in Absprache mit K.E. und nicht einseitig wie ein Arbeitgeber angesetzt habe. In keinem Falle habe er von sich aus ein Tätigwerden des K.E. und erst recht nicht eines der einzelnen Orchestermitglieder angeordnet.

Außerdem stehe aufgrund der Beweisaufnahme fest, daß K.E. über die künstlerische Richtung seines Orchesters hinaus allein bestimmt habe, was produziert worden sei. Nach den Bekundungen des Zeugen S sei es ausschließlich Sache des Orchesterchefs K.E. gewesen, den personellen Einsatz des Orchesters zu bestimmen, Vertretungen zu regeln und Dienstbefreiungen zu gewähren.



- 12 -

Die Aussage des Zeugen D stehe nicht entgegen.. Weil bei der Produktionsplanung auf die Termine des Beklagten habe Rücksicht genommen werden müssen und von ihr wiederum die Urlaubsregelung für das Orchester K.E. abhängig gewesen sei, komme der Aussage des Zeugen D, Abänderungen der Urlaubsplanung seien unmittelbar durch den Beklagten erfolgt, keine entscheidende Bedeutung zu. Vielmehr ergebe sich aus der entsprechenden Aussage des Zeugen K.E. und dem Schreiben des Leiters der Jazz-Redaktion Sc vom 3. März 1972 an K.E., in dem dieser anfrage, wann K.E. beabsichtige, mit seinem Orchester die Sommerferien zu nehmen, daß K.E. den Urlaub seines Orchesters selbst festgelegt habe. Allein die lockere und kollegiale Zusammenarbeit zwischen dem Beklagten und K.E. habe noch nicht dazu geführt, daß der Beklagte wie ein Arbeitgeber über die Kläger habe verfügen können. K.E. habe vielmehr einen eigenen Manager für sein Orchester gehabt, er habe Lohnsteuer und Sozialabgaben einbehalten und abgeführt und seine Musiker eingestellt und entlassen. Aus dem Gesamtbild der praktischen Handhabung und Durchführung ergebe sich also, daß K.E. und nicht der Beklagte unmittelbarer Arbeitgeber der Kläger gewesen sei.

Zwischen den Parteien habe aber auch kein mittelbares Arbeitsverhältnis bestanden. Entgegen der Auffassung der Kläger sei K.E. nämlich jedenfalls von 1957 bis 1972 kein Arbeitnehmer des Beklagten gewesen. Auch wenn K.E. nach dem Inhalt seines Werkvertrages mit dem Beklagten zum Tätigwerden für andere Auftraggeber nur unter der Voraussetzung berechtigt gewesen sei, daß die für den Beklagten zu erbringenden Leistungen qualitativ und quantitativ nicht beeinträchtigt würden und Vorrang gegenüber anderen Verpflichtungen haben sollten, so spreche dies zwar möglicherweise für seine wirtschaftliche, nicht aber auch für eine persönliche Abhängigkeit, Im übrigen brauche sich der Beklagte auch nicht so behandeln zu lassen, als wenn er Arbeitgeber der

- 13 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)

[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)

der Kläger wäre, denn die gewählte Vertragsform stelle sich nicht als Mißbrauch der Gestaltungsfreiheit oder Umgehung sozialstaatlicher Grundsätze dar.

Schließlich könnten die Kläger auch mit ihrem Hilfsantrag keinen Erfolg haben. Zunächst setze die von ihnen begehrte Durchgriffshaftung als Anknüpfungspunkt ein mittelbares Arbeitsverhältnis voraus, an dem es vorliegend fehle. Außerdem wäre eine Durchgriffshaftung nur dann infrage gekommen, wenn der Beklagte für die Zeit nach dem 31. Dezember 1972 an K.E. keine Produktionen in Auftrag gegeben hätte. Zwar habe am 30. Juni 1972 ein Anschlußvertrag noch nicht bestanden, doch sei unstreitig, daß der Beklagte vor dem 31. Dezember 1972 mit K.E. einen weiteren Dreijahresvertrag abgeschlossen habe, wodurch die von K.E. im Juni vorsorglich gemachte Mitteilung praktisch gegenstandslos geworden sei. Vor allem stehe jeglicher Durchgriffshaftung die Rechtskraft des Urteils vom 27. Juli 1973 entgegen, durch das die Kündigungsschutzklage der Kläger gegen K.E. abgewiesen worden sei. Von einer sozial nicht gerechtfertigten Kündigung könne keine Rede sein.

II. Die Revision hat gegen die der Würdigung des Landesarbeitsgerichts zugrunde liegenden tatsächlichen Feststellungen, soweit diese das Vorliegen eines zwischen den Parteien bestehenden unmittelbaren Arbeitsverhältnisses betreffen, keine durchgreifende Verfahrensrüge erhoben.

1. a) Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe es unterlassen, die in der Berufungsinstanz von den Klägern benannten Zeugen Sc und B zu vernehmen. Die Vernehmung dieser Zeugen hätte den detaillierten Vortrag der Kläger bestätigt, wonach sie vom Beklagten wie ihre festangestellten Musikerkollegen behandelt worden seien.

b) Diese Rüge mußte bereits deshalb ohne Erfolg bleiben, weil es die Kläger unterlassen haben, nach mehrfacher Beweisaufnahme darüber, ob der Beklagte ihnen gegenüber



Weisungsbefugnisse als Arbeitgeber wahrgenommen hat, in der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Landesarbeitsgericht am 7. November 1980 noch einmal ausdrücklich ihren bezeichneten Antrag zu stellen. Wenn eine Partei nach durchgeführter Beweisaufnahme in der letzten Verhandlung vor dem Landesarbeitsgericht nicht ausdrücklich die früher gestellten, jedoch nicht erledigten Beweisanträge wiederholt, so muß in der Regel davon ausgegangen werden, daß diese Partei den früher gestellten Beweisantrag nicht aufrechterhält. Wenn dann das Landesarbeitsgericht ohne weiteres zum Schlußurteil kommt, so liegt kein unzulässiges Übergehen eines noch wirksam vorliegenden Beweisantrages vor (BAG 14, 206; BAG Urteil vom 9. Februar 1978 - 3 AZR 260/76 - AP Nr. 7 zu § 286 ZPO).

c) Die Rüge ist auch sachlich unbegründet, weil das Landesarbeitsgericht in seinen Entscheidungsgründen zugunsten der Kläger unterstellt hat, der Beklagte habe ihnen Garderobe, Notenpulte, Parkplaketten und Arbeitsräume zur Verfügung gestellt, Dienstpläne für das Orchester gedruckt und herausgegeben und bei der Produktionsplanung des Orchesters K.E., nach der sich die Urlaubsplanung der Kläger richtete, hätten die Termine des Beklagten berücksichtigt werden müssen.

Soweit die Revision die Nichtvernehmung des Zeugen Sc rügt, ist ihr überdies entgangen, daß dieser Zeuge, der gemäß Beweisbeschluß des Landesarbeitsgerichts vom 18. Juli 1977 vernommen werden sollte, zuvor bereits verstorben war.

2. Die weitere Rüge der Revision, es sei unerfindlich und mit den prozessualen Regeln nicht zu vereinbaren, warum die nicht erschienenen aber geladenen Zeugen W , Bu und P nicht erneut geladen worden seien, ist unzulässig.

Die Revision übersieht hierbei, daß bei einer Rüge nach § 286 ZPO es nicht genügt lediglich vorzutragen, das Landesarbeitsgericht habe angetretene Zeugenbeweise



nicht berücksichtigt. Es muß vielmehr nach Beweisantrag und Beweisthema angegeben werden, zu welchem Punkt das Landesarbeitsgericht eine Beweisaufnahme unterlassen hat. In der Regel ist die vorinstanzliche Fundstelle der Beweisanträge nach Schriftsatz und - jedenfalls bei umfangreichen Schriftsätzen - Seitenzahl genau anzugeben (BAG 12, 328, 331). Diesen Anforderungen genügt die Rüge nicht. Im übrigen hat die Revision übersehen, daß der Zeuge W am 30. Juni 1978 vom Landesarbeitsgericht vernommen worden ist.

3. Soweit die Revision weiterhin geltend macht, das Landesarbeitsgericht habe außer acht gelassen, daß K.E. in der letzten mündlichen Verhandlung ausdrücklich zugestanden habe, er besitze einen Arbeitsvertrag als Redakteur mbA des Beklagten, ist eine derartige Erklärung des K.E. weder in der Sitzungsniederschrift noch im Tatbestand des angefochtenen Urteils erwähnt. Eine Unvollständigkeit des Tatbestandes hätte aber nur mit einem Tatbestandsberichtigungsantrag gemäß § 320 ZPO gerügt werden können. Dies ist nicht geschehen.

4. Auch die Rügen der Revision gegen die Würdigung der Aussage des Zeugen K.E. durch das Landesarbeitsgericht, soweit dieses zu der Frage Stellung genommen hat, ob zwischen den Parteien ein unmittelbares Arbeitsverhältnis zustande gekommen ist, sind unbegründet.

a) Die Beweiswürdigung ist grundsätzlich Sache des Richters der Tatsacheninstanz. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts muß sich der Tatrichter nach § 286 ZPO seine Überzeugung unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen bilden. Er muß alle Umstände des Falles beachten und den rechtserheblichen Vortrag der Parteien berücksichtigen (BAG 7, 51, 62 f.; BAG Urteil vom 6. Dezember 1963 - 5 AZR 234/63 - AP Nr. 1 zu § 286 ZPO).

Das Revisionsgericht kann auf eine entsprechende Rüge nur nachprüfen, ob die Beweiswürdigung vollständig ist, ob wesentliche Beweisantritte übergangen sind, ob die Be-



weiswürdigung möglich ist oder ob sie gegen Denkgesetze verstößt und Erfahrungssätze verletzt sind (BAG 14, 206, 210). Es kommt nicht darauf an, ob die vom Tatrichter getroffenen Feststellungen und die daraus gezogenen Schlußfolgerungen zwingend sind. Das Berufungsgericht braucht zudem nicht alles, was es für unerheblich hält, ausdrücklich zu erörtern und sich nicht mit jeder Behauptung und Einzelheit der Zeugenaussage ausführlich auseinanderzusetzen. Es genügt, wenn sich aus der Begründung ergibt, daß eine sachentsprechende Beurteilung im Sinne des § 286 ZPO überhaupt stattgefunden hat (BAG 5, 221, 224).

b) Diesen Erfordernissen entspricht die Beweiswürdigung des Landesarbeitsgerichts. Es hat mit vertretbaren Erwägungen dargelegt, aus welchen Gründen es aus der Aussage des Zeugen K.E. geschlossen hat, daß zwischen den Klägern und dem Beklagten keine unmittelbaren arbeitsrechtlichen Beziehungen bestanden haben. Zwar rügt die Revision, die Zusammenfassung der Aussage von K.E. - "alles, Zeit, Ort und Art der Arbeit wurden bestimmt vom WDR und zwar mir gegenüber, daß aber kein Musiker praktisch die Möglichkeit hatte, dem auszuweichen - juristisch nicht - da alle Musiker mir gegenüber sich im Vertrag verpflichtet hatten, der WDR-Tätigkeit absolute Priorität einzuräumen" - sei nicht gewürdigt worden. Sie erkennt jedoch, daß sich aus dieser Aussage keineswegs die von den Klägern begehrte Rechtsfolge ergibt. Denn die vertragliche Verpflichtung der Kläger gegenüber K.E., der Tätigkeit für den WDR absolute Priorität einzuräumen, ist unstreitig. Die Kläger hatten auch aufgrund ihres Arbeitsvertrages mit K.E. juristisch keine Möglichkeit, der von ihnen als Arbeitnehmern geschuldeten Arbeitsleistung auszuweichen. Das besagt aber wiederum nur, daß sie als Arbeitnehmer verpflichtet waren, den Anweisungen ihres Arbeitgebers Folge zu leisten. Schlüsse für eine unmittelbare arbeitsrechtliche Beziehung zum Beklagten lassen sich entgegen der Meinung der Revision hieraus nicht ableiten. Die vom Landesarbeitsgericht vorgenommene Beweiswürdigung ist deshalb insoweit nicht nur möglich, sondern auch zwingend.

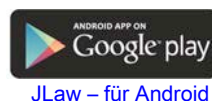


III. Zwischen den Parteien ist ein unmittelbares Arbeitsverhältnis weder durch ausdrückliche Erklärung noch durch die praktische Handhabung, aus der sich ein rechtsgeschäftlicher Bindungswille ergeben könnte, zustande gekommen.

1. Die Kläger haben einen Arbeitsvertrag mit K.E. abgeschlossen, in dem sie sich ihm gegenüber zu Dienstleistungen im Rahmen des von K.E. dirigierten Orchesters verpflichtet haben. K.E. konnte über die Arbeitskraft der Kläger im Rahmen der getroffenen Vereinbarungen verfügen. Eine Tätigkeit der Kläger außerhalb des Orchesters war nur mit seiner ausdrücklichen Genehmigung möglich, wobei die Arbeit im Orchester K.E. unbedingten Vorrang hatte. Die Kläger waren danach persönlich abhängig. Andererseits garantierte K.E. ihnen die vereinbarte Gage sowie Ersatz von Reisekosten und Spesen. Das durch schriftliche Verträge begründete Rechtsverhältnis der Kläger zu K.E. weist damit alle Merkmale eines Arbeitsvertrages auf. Hingegen hat der Beklagte, worauf die Kläger unstreitig von K.E. ausdrücklich hingewiesen worden sind, irgendeine arbeitsvertragliche Bindung zu ihnen stets abgelehnt.

2. Das Berufungsgericht hat in tatsächlicher Hinsicht festgestellt, die Kläger und K.E. seien bei der praktischen Durchführung dieses Vertrages von ihren ausdrücklichen Vereinbarungen nicht erkennbar abgewichen.

Unstreitig ist, daß allein K.E. die Musiker eingestellt und entlassen hat. Der Beklagte hat den Klägern gegenüber keine Weisungsbefugnis als Arbeitgeber ausgeübt. Zutreffend hat das Landesarbeitsgericht darauf hingewiesen, daß die Kläger vom Beklagten niemals unmittelbar zu irgendwelchen Produktionen als einzelne Instrumentalisten herangezogen worden sind, sondern stets nur innerhalb des Orchesters K.E.; die schriftlichen Verträge zwischen ihnen und K.E. einerseits und zwischen K.E. und dem Beklagten andererseits haben insoweit ihre Bestätigung in der Praxis gefunden. Im Ergebnis zutreffend gewürdigt hat das Berufungsgericht auch die Tat-



- 18 -

sache, daß der Beklagte den Klägern Garderobe, Notenpulte, Parkplaketten und Arbeitsräume zur Verfügung gestellt hat. Wie sich aus § 3 des WDR-Edelhagen-Vertrages ergibt, war zwischen dem Beklagten und K.E. vereinbart, daß die Aufnahmen zu auf Wiedergabevorrichtungen produzierten Titeleinspielungen des Orchesters in Studios des WDR oder vom WDR gemieteten und K.E. unentgeltlich zur Verfügung gestellten Studios oder anlässlich öffentlicher Veranstaltungen erfolgen und alle mit den Aufnahmen verbundenen Materialkosten vom WDR getragen werden sollten. Derartige Materialkosten sind neben denen für die Noten selbst eben die für Notenpulte und Garderobe. Auch wenn die vom Beklagten leihweise dem Orchester K.E. zur Verfügung gestellten Notenpulte und Parkplaketten die Aufschrift "WDR" aufwiesen, vermag dies angesichts der oben genannten Vertragsvereinbarung keine abweichende Würdigung zu rechtfertigen und führt nicht zu den von der Revision erstrebten Rechtsfolgen.

Aus der Verpflichtung des Beklagten, dem Orchester K.E. Räume und Geräte zur Verfügung zu stellen, ergab sich zugleich die Notwendigkeit der Terminsabstimmung zwischen ihm und K.E. Nach der Beweiswürdigung des Landesarbeitsgerichts hat der Beklagte die Produktionstermine jeweils nur in Abstimmung mit K.E. und nicht einseitig wie ein Arbeitgeber angesetzt. Das Berufungsgericht hat auch festgestellt, daß K.E. im wesentlichen bestimmte, was produziert werden sollte. Hiergegen hat die Revision keine Rüge erhoben. Zu Recht hat das Landesarbeitsgericht weiter darauf hingewiesen, daß durch die Terminsabstimmung gleichzeitig auch indirekt die Urlaubsplanung für die Orchestermitglieder betroffen gewesen sei, K.E. selbst einen eigenen Manager für sein Orchester hatte, Lohnsteuer und Beiträge zur Sozialversicherung für die Kläger abgeführt und er insgesamt über ihre Arbeitskraft wie ein Arbeitgeber verfügen konnte. Der Beklagte war für K.E. nur einer von mehreren Auftraggebern, wenn auch bei weitem der wichtigste.

- 19 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



Schließlich führt auch die von den Klägern behauptete wirtschaftliche Abhängigkeit des K.E. vom Beklagten nicht dazu, daß dieser anstelle von K.E. Arbeitgeber der Kläger wurde. Eine wirtschaftliche Abhängigkeit begründet zweifelsohne Einflußmöglichkeiten. Solange der Sender aber nur auf K.E. einwirkte und nicht auf die Kläger, ist dies für die arbeitsrechtlichen Beziehungen der Kläger ohne Bedeutung. Entgegen der Auffassung der Revision könnte selbst ein starker wirtschaftlicher Einfluß des Beklagten auf K.E. nicht das Einrücken des Beklagten in die Arbeitgeberstellung gegenüber den Klägern anstelle von K.E. bewirken. Wirtschaftliche Abhängigkeiten sind bekannte Erscheinungen des Wirtschafts- und Arbeitslebens, z.B. im Verhältnis von Zulieferern zu Großabnehmern. Sie führen allein noch nicht zu einem unmittelbaren Arbeitsverhältnis (BAG 27, 340; BAG Urteil vom 25. August 1976 - 5 AZR 427/75 -, nicht veröffentlicht). Der Fünfte Senat hat im Urteil vom 26. November 1975 (BAG 27, 340) sogar das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses zwischen dem Sender Freies Berlin und einem Musiker, der im Rahmen eines Vertrages mit der "Berliner Tanz- und Unterhaltungsorchester KG F. F. GmbH & Co." für den SFB tätig war, abgelehnt, obwohl in jenem Falle der beklagte SFB wesentlichen personellen und künstlerischen Einfluß auf die GmbH & Co. KG nahm: So hatte die GmbH & Co. KG bestimmte Musiker einzustellen bzw. zu entlassen, wenn dies nach Auffassung des SFB aus künstlerischen Gründen erforderlich war. Im vorliegenden Falle nahm der beklagte WDR dagegen überhaupt keinen personellen und künstlerischen Einfluß, er erfuhr von der Fluktuation beim Orchester K.E. nur zufällig.

3. Das Landesarbeitsgericht geht davon aus, der Beklagte habe mit der gewählten Vertragsform seine Gestaltungsfreiheit nicht mißbraucht. Dies ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

a) Das Bundesarbeitsgericht hat in seiner bisherigen Rechtsprechung die Auffassung vertreten, eine Mißbrauchskontrolle komme nur dann infrage, wenn durch die gewählte



Vertragsform die Anwendung des Kündigungsschutzgesetzes ausgeschaltet werden soll und damit der vom Gesetzgeber gewollte Bestandsschutz eines Arbeitsverhältnisses vereitelt wird. Das ist nach den vom Großen Senat (BAG 10, 65) aufgestellten und von der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts fortgeführten Grundsätzen etwa dann der Fall, wenn einem Arbeitnehmer nur ein befristeter Arbeitsvertrag angeboten wird, obwohl es an sachlichen Gründen für die Befristung fehlt (vgl. BAG Urteil vom 3. Juli 1970 - 2 AZR 380/69 - AP Nr. 33 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag und zuletzt die auch zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung vorgesehenen Senatsentscheidungen vom 14. Januar 1982 - 2 AZR 245/80 - und - 2 AZR 254/81 -). An diese Rechtsprechung anknüpfend hat das Bundesarbeitsgericht in ständiger Rechtsprechung außerdem die Verweigerung eines Arbeitsverhältnisses und den Abschluß eines Vertrages als freier Mitarbeiter als Mißbrauch der Vertragsfreiheit bezeichnet, wenn es für die Wahl dieser Vertragsform an einem sachlichen Grund fehlt (BAG 25, 505). Beiden Fallgestaltungen ist gemeinsam, daß die gewählte Vertragsform nur im Hinblick auf die Vereitelung des Bestandsschutzes mißbilligt wurde.

b) Auf den vorliegenden Fall lassen sich, wovon auch das Landesarbeitsgericht ausgegangen ist, die Grundsätze zur Mißbrauchskontrolle nicht anwenden. Das ergibt sich aus folgendem:

aa) Die Kläger können in ihren Arbeitsverhältnissen zu K.E. den vollen gesetzlichen Kündigungsschutz gemäß §§ 1 ff. KSchG in Anspruch nehmen. Dem Orchester K.E. gehörten, worauf das Landesarbeitsgericht zutreffend hingewiesen hat, unstreitig stets mehr als fünf Musiker an; nach dem WDR-Edelhagen-Vertrag sollten es sogar mindestens 16 Personen sein.

bb) Eine Anwendung der Grundsätze über die Mißbrauchskontrolle ergibt sich entgegen der Auffassung der Revision auch nicht daraus, daß die Kläger im Verhältnis zum Be-



klagten bei Bestehen eines unmittelbaren Arbeitsverhältnisses einen tarifvertraglich erweiterten Kündigungsschutz in Anspruch hätten nehmen können. Die Mißbrauchskontrolle setzt nämlich erst dann ein, wenn der allgemeine gesetzliche Kündigungsschutz umgangen wird (BAG 27, 340). Sie kann auf Tarifverträge nicht übertragen werden, auch wenn in ihnen der Arbeitsplatzschutz verbessert wird, weil die Tarifautonomie auf der Koalitionsfreiheit beruht und diese besagt, daß ein Arbeitgeber einer Koalition und einer Tarifbindung fernbleiben kann. Im Gegensatz zu den unabdingbaren Schutzgesetzen, die zugunsten aller Arbeitnehmer gelten, sind nach § 3 TVG nur die Mitglieder der Tarifvertragsparteien und die Arbeitgeber, die selbst Partei des Tarifvertrages sind, tarifgebunden. Eine Mißbrauchskontrolle, die auch die Tarifverträge erfassen würde, könnte im Ergebnis zur Tarifbindung eines Arbeitgebers führen, der weder Mitglied der Tarifvertragspartei noch selbst Tarifvertragspartei ist.

cc) Die Revision hält im vorliegenden Falle eine Mißbrauchskontrolle deshalb für erforderlich, weil der Bestandsschutz für die Arbeitsverhältnisse der Kläger wegen der besonderen wirtschaftlichen Abhängigkeit des K.E. von dem Beklagten weniger wert sei. Aus guten Gründen hat das Bundesarbeitsgericht aber in Fällen wie dem vorliegenden nie die Vertragsgestaltung als solche mißbilligt, denn hier kommt es, was die Revision übersieht, eben nicht zu der insoweit allein relevanten Umgehung des allgemeinen gesetzlichen Kündigungsschutzes. Bisher hat das Bundesarbeitsgericht in derartigen Fällen allein betont, es müsse erwogen werden, welche sozialgerechten Folgen aus dem evtl. vom Sender geschaffenen Tatbestand eines mittelbaren Arbeitsverhältnisses zu ziehen seien und hat dabei eine Durchgriffshaftung gegen den Sender für möglich gehalten (BAG 4, 93; 6, 232 und 27, 340). Die Kläger haben jedoch mit ihrem Hauptantrag nicht beantragt, den Bestand eines mittelbaren Arbeitsverhält-



nisses festzustellen. Ihr Hauptantrag ist insoweit auch weder auslegungsfähig, noch ist ein auf die Feststellung eines mittelbaren Arbeitsverhältnisses gerichteter Antrag gleichsam als "Minus" in dem von ihnen gestellten Hauptantrag enthalten. Vielmehr soll mit ihm ein in Voraussetzungen und Rechtsfolgen anderes Rechtsverhältnis festgestellt werden, das einen anderen Sachvortrag und andere tatsächliche Feststellungen des Berufungsgerichts erforderlich macht als zur Feststellung eines mittelbaren Arbeitsverhältnisses (BAG Urteil vom 25. August 1976 - 5 AZR 427/75 -, n.v.).

IV. Auch der Hilfsantrag ist unbegründet. Die Kläger stützen ihn auf die von der Rechtsprechung aufgestellten Grundsätze über die Durchgriffshaftung.

1. Das Bundesarbeitsgericht hat in ähnlichen Fällen eine Durchgriffshaftung für möglich gehalten, wenn die Rundfunkanstalt als mittelbare Arbeitgeberin anzusehen ist (vgl. BAG 4, 93; 6, 232; 27, 340 und Urteil vom 25. August 1976 - 5 AZR 427/75 -, n.v.). In den diesen Entscheidungen zugrunde liegenden Sachverhalten war jeweils ein Kapellmeister, der ein eigenes Orchester beschäftigte, gegenüber einem Rundfunksender dazu verpflichtet, ein bestimmtes Kontingent an Titeln sendefertig zu produzieren. Während in dem vom Dritten Senat entschiedenen Fall (BAG 4, 93) der Bestand eines mittelbaren Arbeitsverhältnisses zwischen Sender und Musiker bejaht wurde, hat der Vierte Senat (BAG 6, 232) aufgrund der Tatsache, daß dort der Vertrag des Dirigenten, der in dieser Funktion nur unwesentlich tätig wurde, ganz überwiegend als Dienstverschaffungsvertrag ausgestaltet war, die Voraussetzungen für ein mittelbares Arbeitsverhältnis verneint. In den beiden vom Fünften Senat entschiedenen Fällen brauchte diese Frage nicht beantwortet zu werden, weil die Feststellung eines mittelbaren Arbeitsverhältnisses nicht (BAG 27, 340) oder erst in der Revisionsinstanz (Urteil vom 25. August 1976 aaO) beantragt worden war. Im vorliegenden Falle hat das Berufungsgericht zutreffend an-



genommen, die Kläger beehrten mit hinreichender Deutlichkeit festzustellen, daß zwischen den Parteien ein mittelbares Arbeitsverhältnis bestehe.

2. Nicht frei von Rechtsfehlern sind die Ausführungen des Landesarbeitsgerichts zu der Frage, ob zwischen den Parteien tatsächlich ein mittelbares Arbeitsverhältnis bestanden hat.

a) Anknüpfend an die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts hat das Berufungsgericht den Begriff des mittelbaren Arbeitsverhältnisses zutreffend dahingehend definiert, ein solches sei dann gegeben, wenn ein Arbeitnehmer von einem Mittelsmann (Zwischenmeister), der seinerseits selbst Arbeitnehmer eines Dritten (Unternehmers) ist, beschäftigt wird, wobei jedoch die Arbeit mit Wissen des Unternehmers für diesen unmittelbar geleistet wird (BAG 4, 93, 98). Unzutreffend ist hingegen die sich an diese Definition anknüpfende Folgerung des Landesarbeitsgerichts, wonach - würde ein mittelbares Arbeitsverhältnis zwischen dem Beklagten und den Klägern tatsächlich vorliegen - zu prüfen sei, ob nicht in Wirklichkeit ein unmittelbares Arbeitsverhältnis gewollt gewesen sei. Diese Schlußfolgerung ist umso verfehlt, als das Landesarbeitsgericht beim Hauptantrag bereits ausführlich geprüft hat, ob nicht nach der praktischen Durchführung der Vertragsbeziehungen ein unmittelbares Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien gewollt war.

b) Dieser Fehler hat sich indessen nicht ausgewirkt, weil das Berufungsgericht - wenn auch mit rechtlich fehlerhaften Erwägungen - bereits eine Arbeitnehmereigenschaft des K.E. im Verhältnis zum beklagten Sender und damit auch ein mittelbares Arbeitsverhältnis zwischen den Klägern und dem Beklagten verneint hat.

aa) Insoweit ist allein der Ausgangspunkt des Landesarbeitsgerichts zutreffend, wonach für die Prüfung der Arbeitnehmereigenschaft des K.E. nur die tatsächlichen Gegebenheiten und Rechtsverhältnisse von Belang sind, wie sie vor dem Jahresende 1972 bestanden haben.

bb) Zu Recht rügt aber die Revision, das Berufungsge-



[JLaw - Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



[JLaw - für Android](#)



[JLaw - für iOS](#)

Frage, ob dieser Arbeitnehmer des Beklagten gewesen sei, überhaupt nicht gewürdigt. Abgesehen von den Ausführungen, die ausschließlich das Vorliegen eines unmittelbaren Arbeitsverhältnisses betreffen, findet sich in den Entscheidungsgründen auch nicht andeutungsweise eine Würdigung irgendeiner der Zeugenaussagen, obwohl sich, wie der Revision zuzugeben ist, gerade der Aussage des K.E. erhebliche Anhaltspunkte für dessen Arbeitnehmerstellung im Verhältnis zum Beklagten entnehmen lassen. Seine Gewißheit, vorliegend habe zwischen den Parteien auch kein mittelbares Arbeitsverhältnis vorgelegen, bezieht das Landesarbeitsgericht vielmehr, wie es einräumt, allein "aus den zu den Akten gereichten vier Verträgen". Damit entspricht die Beweiswürdigung nicht den gesetzlichen Anforderungen.

3. Obwohl die Beweiswürdigung in der Revisionsinstanz nicht nachgeholt werden kann, bedarf es jedoch keiner Zurückverweisung des Rechtsstreits. Selbst, wenn nämlich unterstellt wird, die Beweiswürdigung hätte ergeben, daß K.E. zur fraglichen Zeit Arbeitnehmer des Beklagten gewesen ist, liegen im vorliegenden Falle die Voraussetzungen für die Durchgriffshaftung nicht vor.

Bereits in seiner grundlegenden Entscheidung zum mittelbaren Arbeitsverhältnis hat das Bundesarbeitsgericht betont, bei Bestehen eines solchen müsse sich der Arbeitnehmer mit seinen Ansprüchen in erster Linie an seinen unmittelbaren Arbeitgeber halten und könne den mittelbaren Arbeitgeber nur dann in Anspruch nehmen, wenn er gegenüber dem unmittelbaren Arbeitgeber nicht zu seinem Recht kommen könne (vgl. BAG 4, 93).

Hier sind für die Praxis zwei Fallgruppen zu unterscheiden:

a) Bei den bisher vom Bundesarbeitsgericht entschiedenen Fällen waren die Kündigungen auf verhaltens- bzw. personenbedingte Gründe gestützt worden. Da die Kündigung in allen Fällen vom Kapellenleiter in eigenem Namen und aus eigenem Recht ausgesprochen worden waren, war es nur konsequent, eine Durchgriffshaftung davon abhängig zu



machen, daß die Musiker zunächst mit einer Feststellungsklage gegen den Dirigenten Erfolg hatten. Nach der Ansicht des Dritten Senats (BAG 4, 93) konnte sich eine Durchgriffshaftung aber auch nach Erfüllung dieser Voraussetzung nur dann ergeben, wenn sich der Kapellenleiter nach verlorenem Prozeß seinen Verpflichtungen entzog oder zu ihrer Erfüllung unfähig war.

b) Die Besonderheit bei betriebsbedingten Kündigungen und Nichtverlängerungsanzeigen bei befristeten Arbeitsverträgen besteht demgegenüber in aller Regel darin, daß die Rundfunkanstalt den Vertrag mit dem Kapellenleiter kündigt bzw. den befristeten Vertrag mit der Befristung auslaufen läßt, worauf der Kapellenleiter seinerseits die Vertragsverhältnisse mit seinen Musikern durch Kündigungen beendet bzw. diesen keine weiteren Zeitverträge anbietet. Eine Kündigungsschutz- bzw. Feststellungsklage der Musiker begegnet in diesen Fällen zumeist der Schwierigkeit, daß auch dem gutwilligen Kapellenleiter angesichts der Trennung von seinem Arbeitgeber und "Großabnehmer", aus dessen Vertragsleistungen er überhaupt erst die Gehaltsansprüche der Musiker befriedigen kann, nichts anderes übrig bleibt, als einigen oder allen seiner Musiker zu kündigen bzw. keine neuen Zeitverträge zu geben. Da die Musiker keinen Einfluß und auch keinen Rechtsanspruch darauf haben, daß sich ihr Kapellenleiter (der, wie der vorliegende Fall zeigt, oft nur seine Funktion als ihr unmittelbarer Arbeitgeber, nicht aber seine Arbeitnehmerstellung beim Sender verliert) seinerseits per Klage gegen den Sender zur Wehr setzt, bliebe ihnen nur die Möglichkeit, sich mit dem Kapellenleiter in einem, in aller Regel hoffnungslosen Rechtsstreit auseinanderzusetzen. Denn weil dem Kapellenleiter mit dem Auslaufen bzw. der Beendigung seines Vertrages zur Rundfunkanstalt seinerseits die wirtschaftliche Grundlage für die Weiterbeschäftigung der Musiker entzogen wurde, ist ein Erfolg ihres Klagebegehrens so gut wie ausgeschlossen.

Deshalb hat der Fünfte Senat in seiner Entscheidung vom 26. November 1975 für den Fall einer betriebsbeding-



ten Kündigung die Möglichkeit angedeutet, in einem Rechtsstreit um den Fortbestand seines Arbeitsverhältnisses könne ein Musiker auch die Berechtigung von Maßnahmen der Rundfunkanstalt im Hinblick auf seinen Arbeitsplatz angreifen, "soweit das bei betriebsbedingten Kündigungen zulässig" sei. Allerdings läßt die Formulierung "in einem Kündigungsschutzverfahren" offen, ob damit das Verfahren gemeint ist, das sich gegen die Kündigungserklärung des Kapellenleiters richtet oder ob bei dieser Konstellation von Anfang an der unmittelbare Durchgriff auf den mittelbaren Arbeitgeber zur Verfügung stehen soll.

Vorliegend kann offen bleiben, welche Voraussetzungen im einzelnen vorliegen müssen, um bei einer betriebsbedingten Beendigung eines befristeten Arbeitsverhältnisses eine Durchgriffshaftung zu begründen. Auch für einen solchen Fall ist nämlich daran festzuhalten, daß die Durchgriffshaftung dem Arbeitnehmer erst dann zur Verfügung stehen darf, wenn er gegenüber seinem unmittelbaren Arbeitgeber sein Recht nicht durchsetzen kann. Anderenfalls bestünde die Gefahr, daß ein Arbeitnehmer, der aus irgendeinem, nicht vom Unternehmer gesetzten Grund gegenüber dem unmittelbaren Arbeitgeber keinen Rechtsanspruch hat, mit der nur als letzter Möglichkeit vorgesehenen Durchgriffshaftung gegenüber dem mittelbaren Arbeitgeber zu einem Erfolg käme, ohne daß hierfür eine innere Rechtfertigung bestehen würde. Im vorliegenden Falle haben die Kläger zwar ihren unmittelbaren Arbeitgeber K.E. verklagt. Diese Klagen sind aber allein wegen ihres Prozeßverhaltens rechtskräftig abgewiesen worden. Sie haben es nämlich trotz mehrfachen gerichtlichen Hinweises unterlassen, schlüssig vorzutragen, daß K.E. ihr unmittelbarer Arbeitgeber sei. Waren die Vorinstanzen aber allein wegen der Prozeßführung der Kläger gehindert, die Rechtswirksamkeit der Befristungen materiell zu überprüfen und steht nur aus diesem Grunde nicht fest, ob die Kläger nicht schon mit ihren Klagen



gegen K.E. eine Weiterbeschäftigung hätten erreichen können, ist es ihnen versagt, den Beklagten als mittelbaren Arbeitgeber in Anspruch zu nehmen.

Dementsprechend war die Revision insgesamt mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Röhler Triebfürst Dr. Weller

Holzmann Dr. Müller

